

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29290-l-impresa-ricorrente-ha-chiesto-il-risarcimento-del-danno-per-equivalente-quanto-alla-dimostrazione-della-colpa-dell-amministrazione-essa-appare-in-re-ipsa-discendendo-dagli-stessi-vizi-riconosci>

Autore: Lazzini Sonia

L'impresa ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente: quanto alla dimostrazione della colpa dell'Amministrazione essa appare in re ipsa, discendendo dagli stessi vizi riconosciuti nei provvedimenti riconosciuti illegittimi.

Tar Emilia, Parma, 13.03.2010 n. 88_BIS

L'impresa ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente: quanto alla dimostrazione della colpa dell'Amministrazione essa appare in re ipsa, discendendo dagli stessi vizi riconosciuti nei provvedimenti riconosciuti illegittimi.

Il Collegio ritiene che la domanda risarcitoria sia ammissibile, in quanto la lesione dell'interesse legittimo deriva dalla riconosciuta illegittimità del provvedimento di esclusione della ricorrente, la cui offerta, ove fosse stata aperta, avrebbe determinato una diversa soglia di anomalia con esclusione delle altre due partecipanti e aggiudicazione alla ricorrente (come ha dimostrato l'istruttoria disposta dal Collegio).

Deve, pertanto, essere riconosciuto il risarcimento per equivalente nella misura del danno emergente, per effetto delle spese sostenute per la partecipazione al procedimento di gara, e del lucro cessante, in relazione alla perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione dei provvedimenti illegittimi.

In particolare, per quello che concerne specificamente la questione che occupa il Collegio – riguardante la perdita dell'occasione di aggiudicarsi un appalto, da parte di un concorrente, a seguito dell'illegittima selezione di un altro partecipante – ai fini del risarcimento del lucro cessante, corrispondente al mancato guadagno, per la elaborazione di un attendibile criterio presuntivo in base al disposto dell'articolo 35 comma II del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, può farsi coerentemente riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. F, che quantifica nel 10% del valore dell'appalto, in via forfettaria ed automatica, il margine presunto di guadagno dell'appaltatore nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici, tenuto altresì contro che il medesimo criterio è stato ripreso dall'art. 122 del D.P.R. 554/1999 e dall'art. 134 del d.lgs. 163/2006.

Si può pertanto procedere alla individuazione dei criteri che, alla stregua dei principi sopra enunciati, possono prendersi come base per la determinazione in concreto dell'ammontare del risarcimento spettante alla società ricorrente, la quale, in sede di proposizione del ricorso, aveva indicato come riferimento "...la misura che risulterà in corso di causa anche in via equitativa e comunque in una misura non inferiore al 10% dell'importo dei lavori previsto dalla lettera di invito".

A) Danno emergente:

- a) può tenersi conto delle spese o dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione;
- b) le spese legali non sono computabili, in quanto la relativa liquidazione è oggetto di autonoma decisione dell'organo giudicante.

B) Lucro cessante:

In proposito deve osservarsi che la ricorrente, senza la illegittima esclusione dalla gara d'appalto senza la mancata illegittima esclusione dal procedimento delle altre due imprese (la cui offerta sarebbe risultata anomala), si sarebbe risultata aggiudicata l'appalto.

Non si ravvisano impedimenti, pertanto, per la eventuale determinazione della misura del lucro cessante nella misura massima del 10% dell'importo offerto dalla medesima ricorrente, riconoscendo però, come ammette la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. la decisione Cons. Stato, Sez. IV, n. 478 del 2005), la decurtazione del 5% per non avere l'impresa fornito la dimostrazione di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri lavori, potendo

l'impresa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità (cfr. Cons. St., Sez. IV, dec. n. 6666 del 2003 cit.; Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860).

C) Interessi e rivalutazione monetaria:

a) sulle somme liquidate ai sensi di quanto sopra indicato, relative al risarcimento del danno e, quindi, ad un debito di valore, deve aggiungersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria, fino alla data di deposito della presente decisione (data, quest'ultima, che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta);

b) sulle somme rivalutate non si ritiene, invece, che debbano altresì aggiungersi gli interessi nella misura legale (secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione) atteso che, altrimenti, si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto (cfr. Cons. Giust. Reg. Sicilia, 22 aprile 2005, n. 276);

c) sulla somma totale, calcolata secondo le indicazioni di cui sopra, debbono comunque farsi decorrere gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, si dispone che la Stazione appaltante provveda a liquidare in favore della società ricorrente una somma a titolo sia di danno emergente che di lucro cessante, determinata secondo i criteri suindicati, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione o, se anteriore, da quella di notifica della presente decisione.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 88 del 13 marzo 2010 emessa dal Tar Emilia Romagna, Parma

N. 00088/2010 REG.SEN.

N. 00213/2001 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 213 del 2001, proposto da Ricorrente delle Cooperative di Produzione e Lavoro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Michiara, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo avvocato, in Parma, Borgo Antini 3, nonché sui motivi aggiunti;

contro

il Comune di Parma, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Cugurra, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo avvocato, in Parma, via Mistrali 4;
la Commissione di gara per aggiudicazione lavori di climatizzazione del Teatro Regio;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA. di B. Giuseppe, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della delibera n. 11/4/2001, con la quale la Commissione di gara per l'appalto dei lavori di realizzazione dell'impianto di climatizzazione del Teatro Regio ha escluso la società Ricorrente due s.n.c. dalla gara;

del provvedimento di aggiudicazione dei lavori in favore della società controinteressata;

per quanto possa occorrere della lettera di invito del 27 marzo del 2001, prot. gen. N. 45003 XV – 3 – 3/21 nella parte e nella misura in cui al punto 3) lettera a), dovesse essere intesa nel senso di richiedere che anche la società Ricorrente due - che è una s.n.c. - dichiararsi a pena di esclusione, l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettera d), dell'art. 75 D.P.R. 554/1999 così come sostituito dall'art. 2 del D.P.R. 412/2000;

in via subordinata, della lettera di invito del 27 marzo 2001 nella parte e nella misura in cui richiede alle imprese invitate alla licitazione privata semplificata, al fine di fornire delle dichiarazioni che ai sensi dell'art. 23 comma 1 ter, L. 109 del 1994, erano già state comunicate alla stazione appaltante;

della raccomandata del 18 aprile 2001 con la quale il Comune di Parma comunica alla Ricorrente due s.n.c. la decisione di escludere la suddetta impresa dalla gara per non avere reso la dichiarazione di cui all'art. 75 comma lett. D) del D.P.R. 554 del 1999 e succ. mod. e integr.

di ogni altro atto precedente, conseguente o comunque connesso e per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno.

E per sentire accogliere le seguenti domande

Dichiarare previa ogni più utile declaratoria del caso e di legge (ivi compresa l'ammissione dell'offerta della Ricorrente due s.n.c.) la costituzione del rapporto contrattuale tra Comune di Parma e Ricorrente Coop. Produzione e Lavoro o l'obbligo dell'amministrazione di perfezionare il rapporto contrattuale con il ricorrente o, in via subordinata, condannare il Comune di Parma a risarcire al suddetto Consorzio tutti i danni derivanti dall'illegittima esclusione/aggiudicazione nella misura che risulterà in corso di causa anche in via equitativa e comunque in una misura non inferiore al 10 % dell'importo dei lavori previsto dalla lettera d'invito,

nonché sui motivi aggiunti, notificati in data 14 giugno 2001 e depositati in data 18 giugno 2001, con i quali è stata impugnata per illegittimità derivata la determinazione n. 990/DIR/01 – 308/7-00320 del Direttore del Settore Lavori pubblici del Comune di Parma, con cui è stato preso atto dell'aggiudicazione dei lavori di climatizzazione del Taro Regio alla ditta "CONTROINTERESSATA. di B. Giuseppe".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Parma;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 154/2001 di questo Collegio con cui l'istanza di sospensiva è stata respinta;

Vista l'ordinanza istruttoria n. 15/09 con cui il Collegio ha ritenuto di disporre l'apertura della busta contenente l'offerta economica della Impresa Ricorrente due s.n.c. e considerati gli esiti dell'istruttoria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2010 la dott.ssa Emanuela Loria e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 9 maggio 2001 e depositato in data 10 maggio 2001, il ricorrente impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, e segnatamente l'aggiudicazione dei lavori di climatizzazione del Teatro Regio di Parma (avvenuta con il sistema della licitazione privata semplificata), e la lettera di invito nella parte in cui, al punto 3 lettera a), si richiede alle imprese di dichiarare "l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), e h) dell'art. 75 del D.P.R. 554 del 1999, così come sostituito dall'art. 2 del D.P.R. n. 412."

Espone il ricorrente Ricorrente che la società Ricorrente due s.n.c. (facente parte del Consorzio) ha fornito tutte le informazioni richieste dalla lettera d'invito salvo quella di cui al comma 1 lettera d) dell'art. 75 D.P.R. 554/1999, come modificato dall'art. 2 del D.P.R. 412/2000, ai sensi del quale "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono

stipulare i relativi contratti i soggetti...d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto dall'art. 17 della legge 19 marzo 1990 n. 55”.

Secondo la tesi di parte ricorrente, poiché la Società Ricorrente due è una società in nome collettivo, non sarebbe tenuta a rendere la dichiarazione circa le “intestazioni fiduciarie” non essendo assoggettabile alla relativa normativa.

Prima di procedere all'aggiudicazione, la commissione di gara (verbale dell'11 aprile 2001), ha deliberato l'esclusione della Ricorrente due s.n.c., senza richiedere l'integrazione documentale, con al seguente motivazione: “in quanto la dichiarazione di cui al punto 3) lettera a) della lettera di invito è stata resa in modo incompleto: risulta mancante il riferimento alla lettera d) dell'art. 75 del D.P.R. 554/1999, così come sostituito dall'art. 2 del D.P.R. 412/2000; tale riferimento è richiesto dalla lettera d'invito stessa sotto comminatoria di esclusione”.

L'esclusione della Ricorrente due s.n.c. ha determinato che il numero delle offerte si è ridotto a quattro, con conseguente impossibilità di applicare la disciplina di cui all'art. 21 comma 1 bis ultima parte della legge 109/1994 s.m.i., ossia la disciplina dell'esclusione delle offerte anomale, che, ove applicata, avrebbe comportato (secondo la ricorrente) l'aggiudicazione dei lavori alla ricorrente.

Nel caso in questione sono state presentate cinque offerte e, in particolare, quella dell'impresa IMPTEC s.n.c. con un ribasso dello 0,700%; quello dell'impresa Ricorrente due s.n.c. (non ammessa) con un ribasso dello 1,07% (il Comune non ha aperto l'offerta in sede di gara, ma lo ha fatto in seguito all'ordinanza istruttoria disposta da questo Tribunale), quella della ricorrente con un ribasso dell'1,11%; quella del Consorzio cooperative costruzioni di Bologna con un ribasso dell'1,13% e, infine, quella della CONTROINTERESSATA. (risultata aggiudicataria) con un ribasso dell'8,89%. Ai sensi dell'art. 21, comma 1 bis L. 109/1994 s.m.i. la soglia di anomalie sarebbe stata pari a un ribasso dell'1,12% ed avrebbe comportato l'esclusione automatica delle offerte della CONTROINTERESSATA. e del

Consorzio Cooperative costruzioni di Bologna e la contestuale aggiudicazione all'impresa ricorrente.

In particolare, il ricorrente si duole per i seguenti motivi di diritto:

A) Violazione dell'art. 1 e sss. D.P.C.M. 11 maggio 1991 n. 187, dell'art. 75 comma 1, lett. D), D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e dell'art. 17, L. 19 marzo 1990 n. 55.

La ricorrente sostiene non applicarsi nel caso di s.n.c. della disposizione che richiede la dichiarazione relativa all'assenza di situazioni di intestazioni fiduciarie, in quanto il D.P.C.M. 11 maggio 1991 n. 187, all'art. 4, afferma che "entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto dovranno cessare le intestazioni fiduciarie, comunque assunte, di azioni o quote delle società previste dall'art. 1..." , non facendo alcuna menzione delle società di persone che sarebbero pertanto esentate dall'obbligo di dichiarazione.

B) Violazione degli artt. 2291 e ss. c.c. La società in nome collettivo, per sua stessa natura, non può violare il divieto di intestazioni fiduciarie posto che trattasi di società per la quale non sono possibili intestazioni di quote o azioni.

C) Eccesso di potere per illogicità. La lettera d'invito già prevedeva che le imprese autodichiarassero nella domanda di non trovarsi in alcuna delle situazioni che comportano l'esclusione dalle gare d'appalto; Risulta pertanto illogico che la lettera d'invito prevedesse la dichiarazione circa l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), b) , c), d)... dell'art. 75 del D.P.R. 554/1999 in quanto l'impresa aveva già fornito la dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione.

D) Eccesso di potere per errata motivazione. Secondo il verbale di aggiudicazione l'impresa Ricorrente due s.n.c. è stata esclusa con riferimento all'art. 75 lettera d) del D.P.R. 554/1999 e si afferma che "tale riferimento è richiesto dalla lettera d'invito stessa sotto comminatoria di esclusione". Tale interpretazione della lettera di invito non sarebbe accoglibile in quanto le società in nome collettivo non sono

previste dall'art. 4 del D.P.C.M. 187/1991, ciò in quanto la lettera d'invito va interpretata "secondo legge".

E) Violazione del principio di buon andamento. L'interpretazione della lettera di invito che comporta l'esclusione della Ricorrente due s.n.c. per la motivazione fornita dal verbale di aggiudicazione violerebbe, tra l'altro, anche il principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. in quanto comporta la disapplicazione dell'art. 21 comma 1 bis della legge 109/1994, poiché impedisce l'esclusione delle offerte anomale.

F) Violazione del principio di massimo accesso; violazione del principio di buona fede.

Anche ove dovesse ritenersi che l'Amministrazione ha ben applicato la legge di gara con riguardo all'interpretazione relativa alla clausola sulla intestazione fiduciaria, avrebbe dovuto consentire al ricorrente di integrare la documentazione di gara.

Si è costituito in giudizio il Comune di Parma, eccependo nella sua seconda memoria l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse ritenendo indimostrato che ove l'impresa Segesta s.n.c. non fosse stata esclusa il ricorrente si sarebbe aggiudicato la gara, atteso che il calcolo effettuato nel ricorso è del tutto presunto non essendo stata mai aperta la busta contenente l'offerta. Il Comune ritiene inoltre infondato il ricorso nel merito.

Alla camera di consiglio del 05 giugno 2001 l'istanza di sospensiva è stata respinta. Il ricorrente Consorzio ha quindi presentato motivi aggiunti in data 18 giugno 2001 con i quali è stata impugnata per illegittimità derivata la determinazione n. 990/DIR/01 – 308/7-00320 del Direttore del Settore Lavori pubblici del Comune di Parma, con cui è stato preso atto dell'aggiudicazione dei lavori di climatizzazione del Taro Regio alla ditta "CONTROINTERESSATA. di B. Giuseppe".

Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2009 il Collegio ha ritenuto necessaria l'apertura dell'offerta della società Ricorrente due s.n.c., chiedendo all'Amministrazione di eseguire l'apertura in contraddittorio con le parti del giudizio e di redigere apposita relazione.

In 4 dicembre 2009 è pervenuta la documentazione richiesta da cui risulta che l'offerta della società Ricorrente due s.n.c. presentava un ribasso del 1,070% rispetto all'importo dei lavori posto a base della gara, in conformità con quanto asserito nel ricorso.

Alla pubblica udienza del 26 gennaio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio esamina preliminarmente l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, rilevando la sua infondatezza, in quanto, alla luce dell'istruttoria compiuta dall'Amministrazione su disposizione del Tribunale, è risultato che l'offerta della società Ricorrente due s.n.c. presentava un ribasso tale da determinare una diversa soglia di anomalia che avrebbe comportato la collocazione al terzo posto della graduatoria dell'offerta della ricorrente e l'esclusione, presumibilmente delle prime due offerte (CONTROINTERESSATA. e Consorzio Cooperative di Bologna).

E' quindi evidente la sussistenza dell'interesse al ricorso da parte del ricorrente Consorzio.

2. Venendo ai motivi di ricorso la principale doglianza mossa dal Consorzio ricorrente riguarda la predicabilità della dichiarazione dell'assenza di intestazioni fiduciarie in capo ad una società di persone, appartenendo la società esclusa al novero delle società in nome collettivo.

In particolare, si pone la problematica se il riferimento alla dichiarazione riguardante l'intestazione fiduciaria dovesse essere intesa come "a pena di

esclusione” ovvero implicasse che la stazione appaltante richiedesse quanto meno la regolarizzazione documentale da parte dell’impresa.

In secondo luogo, l’ulteriore questione concerne l’interpretazione della legge di gara e segnatamente della lettera di invito rispetto alla clausola di non trovarsi in nessuna delle situazioni che comportano l’esclusione ai sensi dell’art. 75 del D.P.R. 554/1999.

Sotto questi profili il ricorso è fondato.

2.a. In merito alla potenziale applicabilità del divieto di intestazioni fiduciarie in capo a società di persone, la risposta appare essere negativa alla luce del combinato disposto della legge 55/1990 che all’art. 17 comma 3 prevede che il regolamento da emanarsi per l’attuazione della stesa legge definisca disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatori di lavori pubblici e sui relativi mutamenti societari, facendo chiaramente intendere che l’ambito soggettivo della normativa debba riguardare le società di capitali.

Lo stesso D.P.C.M. attuativo dell’11 maggio 1991 n. 187, nel definire l’ambito oggettivo dell’obbligo di comunicazione della composizione societaria e delle altre notizie inerenti l’organizzazione interna alle società che si aggiudicano i lavori pubblici o che sono concessionarie degli stessi, si riferisce espressamente “alle società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, alle società cooperative per azioni o a responsabilità limitata nonché alle società consortili per azioni e a responsabilità limitata”.

Non vi è, in tal senso, spazio per un’interpretazione estensiva in quanto una diversa lettura della disposizione non corrisponde alla logica delle società in nome collettivo, rientranti nel novero delle società di persone, caratterizzate dalla responsabilità illimitata e solidale dei soci, dalla non trasferibilità della qualità di socio senza il consenso degli altri soci e dal fatto che il potere di amministrazione inerisce direttamente alla qualità di socio.

Non può pertanto essere predicata la violazione del divieto di intestazione in capo a una società in nome collettivo posto che trattasi di società per la quale non sono possibili intestazioni di quote o azioni.

2.b. Venendo alla seconda questione relativa alla clausola della *lex specialis* di gara che avrebbe previsto la dichiarazione a pena di esclusione, occorre in primo luogo rilevare come la clausola facesse esclusivo riferimento ad alcune delle lettere di cui all'art. 75 del D.P.R. 554/1999, per cui l'amministrazione avrebbe senz'altro dovuto interpretarla, in fase di ammissione delle concorrenti, richiedendo almeno l'integrazione documentale, ove ritenuto possibile che alla società in nome collettivo sia applicato il divieto di intestazione fiduciaria.

In fase di ammissione alla procedura di gara avrebbe infatti dovuto prevalere, in presenza di una clausola di non pacifica interpretazione, una lettura della stessa orientata all'ampliamento della partecipazione e non al suo restringimento.

Si consideri, inoltre, che trattandosi di una licitazione privata semplificata, le imprese sono tenute a inserirsi in un elenco tenuto presso le stazioni appaltanti, a cui devono previamente inviare una domanda che deve essere corredata dal certificato di iscrizione all'albo nazionale dei costruttori e da una autocertificazione, con la quale viene attestato di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione dalle gare d'appalto.

Alla luce di tale meccanismo, tipico della licitazione privata semplificata ai sensi dell'art. 23, comma 1 ter legge 109/1994, appare vieppiù inutile la clausola di cui si è detto, contenuta nella lettera di invito, volta a far dichiarare "a pena di esclusione" la non ricorrenza degli elementi di cui all'art. 75 del D.P.R. 554/1999, che le imprese hanno già previamente dichiarato in fase di iscrizione annuale nell'elenco. La richiesta di una nuova dichiarazione potrebbe al più valere per aggiornare, al momento della partecipazione alla gara, la situazione delle imprese in

relazione alle cause di esclusione, ove si tratti di situazioni che possono essersi modificate nel corso dell'anno.

3. I motivi aggiunti riguardano la determinazione n. 990/DIR/01 – 308/7-00320 del Direttore del Settore Lavori pubblici del Comune di Parma, con cui è stato preso atto dell'aggiudicazione dei lavori di climatizzazione del Taro Regio alla ditta "CONTROINTERESSATA. di B. Giuseppe", che viene impugnata per illegittimità derivata rispetto ai provvedimenti impugnati: il Collegio ritiene, pertanto, di dare luogo al loro assorbimento

4. L'impresa ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente.

Il Collegio ritiene che la domanda risarcitoria sia ammissibile, in quanto la lesione dell'interesse legittimo deriva dalla riconosciuta illegittimità del provvedimento di esclusione della ricorrente, la cui offerta, ove fosse stata aperta, avrebbe determinato una diversa soglia di anomalia con esclusione delle altre due partecipanti e aggiudicazione alla ricorrente (come ha dimostrato l'istruttoria disposta dal Collegio).

Quanto alla dimostrazione della colpa dell'Amministrazione essa appare in re ipsa, discendendo dagli stessi vizi riconosciuti nei provvedimenti riconosciuti illegittimi.

Deve, pertanto, essere riconosciuto il risarcimento per equivalente nella misura del danno emergente, per effetto delle spese sostenute per la partecipazione al procedimento di gara, e del lucro cessante, in relazione alla perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione dei provvedimenti illegittimi.

In particolare, per quello che concerne specificamente la questione che occupa il Collegio – riguardante la perdita dell'occasione di aggiudicarsi un appalto, da parte di un concorrente, a seguito dell'illegittima selezione di un altro partecipante – ai fini del risarcimento del lucro cessante, corrispondente al mancato guadagno, per la elaborazione di un attendibile criterio presuntivo in base al disposto dell'articolo

35 comma II del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, può farsi coerentemente riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. F, che quantifica nel 10% del valore dell'appalto, in via forfettaria ed automatica, il margine presunto di guadagno dell'appaltatore nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici, tenuto altresì contro che il medesimo criterio è stato ripreso dall'art. 122 del D.P.R. 554/1999 e dall'art. 134 del d.lgs. 163/2006.

Si può pertanto procedere alla individuazione dei criteri che, alla stregua dei principi sopra enunciati, possono prendersi come base per la determinazione in concreto dell'ammontare del risarcimento spettante alla società ricorrente, la quale, in sede di proposizione del ricorso, aveva indicato come riferimento "...la misura che risulterà in corso di causa anche in via equitativa e comunque in una misura non inferiore al 10% dell'importo dei lavori previsto dalla lettera di invito".

A) Danno emergente:

- a) può tenersi conto delle spese o dei costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione;
- b) le spese legali non sono computabili, in quanto la relativa liquidazione è oggetto di autonoma decisione dell'organo giudicante.

B) Lucro cessante:

In proposito deve osservarsi che la ricorrente, senza la illegittima esclusione dalla gara d'appalto senza la mancata illegittima esclusione dal procedimento delle altre due imprese (la cui offerta sarebbe risultata anomala), si sarebbe risultata aggiudicata l'appalto.

Non si ravvisano impedimenti, pertanto, per la eventuale determinazione della misura del lucro cessante nella misura massima del 10% dell'importo offerto dalla medesima ricorrente, riconoscendo però, come ammette la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. la decisione Cons. Stato, Sez. IV, n. 478 del 2005), la decurtazione del 5% per non avere l'impresa fornito la dimostrazione di non aver

potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri lavori, potendo l'impresa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità (cfr. Cons. St., Sez. IV, dec. n. 6666 del 2003 cit.; Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860).

C) Interessi e rivalutazione monetaria:

a) sulle somme liquidate ai sensi di quanto sopra indicato, relative al risarcimento del danno e, quindi, ad un debito di valore, deve aggiungersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria, fino alla data di deposito della presente decisione (data, quest'ultima, che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta);

b) sulle somme rivalutate non si ritiene, invece, che debbano altresì aggiungersi gli interessi nella misura legale (secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione) atteso che, altrimenti, si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto nel caso di assegnazione dell'appalto (cfr. Cons. Giust. Reg. Sicilia, 22 aprile 2005, n. 276);

c) sulla somma totale, calcolata secondo le indicazioni di cui sopra, debbono comunque farsi decorrere gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, si dispone che la Stazione appaltante provveda a liquidare in favore della società ricorrente una somma a titolo sia di danno emergente che di lucro cessante, determinata secondo i criteri suindicati, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione o, se anteriore, da quella di notifica della presente decisione.

5. Conclusivamente il Collegio respinge il ricorso e i motivi aggiunti.

6. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Dispone il risarcimento del danno nella misura del 5% del prezzo dell'aggiudicazione dell'appalto al netto dell'IVA, oltre alla rivalutazione interessi nella misura legale.

Condanna la parte soccombente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre IVA e C.P.A. come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Grazia Brini, Presidente FF

Italo Caso, Consigliere

Emanuela Loria, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO